

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Introduction aux aspects juridiques des contrats télématiques professionnels

Poullet, Yves

*Published in:*

Informatique et télécommunications : y a-t-il un juriste dans la salle ?

*Publication date:*

1989

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Poullet, Y 1989, Introduction aux aspects juridiques des contrats télématiques professionnels. Dans *Informatique et télécommunications : y a-t-il un juriste dans la salle ?*. Story Scientia, Bruxelles, p. 111-123.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# INTRODUCTION AUX ASPECTS JURIDIQUES DES CONTRATS TÉLÉMATIQUES PROFESSIONNELS

Yves POULLET

C.R.I.D.

*Les contrats télématiques professionnels, c'est-à-dire les structures mises en place pour la fourniture de services télématiques professionnels, peuvent être appréhendés de plusieurs manières. L'auteur identifie ainsi quatre approches.*

*La première d'entre elles s'attache à l'objet du service: il peut s'agir d'un service de gestion, de communication ou de documentation. Dans une seconde approche, c'est la qualification juridique des opérations qui est recherchée. Elle varie selon le rôle du service télématique dans la formation ou l'exécution du contrat et selon la nature de ce service.*

*La troisième approche considère les problèmes juridiques nés de la multiplicité des acteurs engagés dans une opération télématique professionnelle, de leurs divers statuts et des accords qui les lient. Enfin la dernière approche tient compte des caractéristiques des services télématiques professionnels qui ont des conséquences importantes sur les structures contractuelles mises en place.*

*Dans la mesure où les dispositions contractuelles risquent de s'avérer insuffisantes pour régler ces problèmes et où des dispositions législatives risquent de constituer des restrictions aux flux transfrontières, les milieux professionnels s'orientent aujourd'hui vers l'adoption de codes de conduite.*

*Business telematic contracts, i.e. the legal structures implemented to provide business telematic services, can be approached in several ways. The author identifies four such approaches.*

*The first one considers the object of the service, which can be a management, a communication or a documentation service. The second approach consists in finding a legal definition of the operations defined. This definition varies according to the part played by the telematic service in the execution or the performance of the contract and according to the nature of the service.*

*The third approach considers the legal problems arising from the multiplicity of actors involved in a business telematic operation, from their various positions and from the agreements binding them. Finally, the last approach takes into account the characteristics of the business telematic services which have important consequences on the contractual structures.*

*Since contractual provisions may prove inadequate to solve these problems and legislative provisions may limit transborder flows, professionals now show a trend towards the adoption of codes of practice.*

## Sommaire - Contents

I. Première approche: approche par l'objet .....	113
II. Deuxième approche: approche par la qualification juridique des opérations .....	114
III. Troisième approche: approche par les acteurs — la structure de l'offre .....	116
A. ... de nombreux acteurs .....	116
B. ... de statut public ou privé .....	118
C. ... ayant des accords horizontaux privilégiés .....	118
IV. Quatrième approche: approche par les caractéristiques des services télématiques professionnels .....	119
A. Les conditions de l'utilisation des services: l'équipement et les contraintes de son utilisation .....	120
B. L'utilisation des services .....	121
C. La preuve des opérations rendues dans le cadre de ces services .....	121
D. La responsabilité: la pathologie des services .....	122
Conclusion .....	122
Bibliographie .....	122

Par contrat télématique professionnel, nous entendons au sens du présent rapport, l'ensemble des structures contractuelles ou associatives qui peuvent être mises en place aux différents stades de la mise sur pied ou de la réalisation d'opérations portant sur un ou des services télématiques professionnels.

Diverses approches permettent d'éclairer et d'ordonner les multiples facettes des problèmes juridiques nés de la réalisation ou de l'exécution des contrats télématiques professionnels.

On propose les approches suivantes:

— *une première approche* décrit l'objet des contrats télématiques: quel est le contenu des services offerts et quelle "typologie" des contrats induit-il?

— *une deuxième approche* s'attarde à la qualification juridique des opérations télématiques.

— *une troisième approche* met en relief les particularités de la structure de l'offre des services télématiques et les accords particuliers qui tiennent les auteurs.

— *une quatrième approche* déduit des caractéristiques de réalisation et d'exécution des services télématiques professionnels leurs enjeux juridiques.

### I. Première approche: approche par l'objet

On appelle télématiques, l'ensemble des services offerts à l'aide de techniques téléinformatiques.

La téléinformatique est l'ensemble des techniques mettant en œuvre à la fois l'informatique et les télécommunications:

— l'informatique, c'est-à-dire l'ensemble des techniques, méthodes et outils permettant le traitement de l'information. Sa caractéristique principale est qu'elle permet de traiter un volume considérable de données à très grande vitesse;

— les télécommunications, c'est-à-dire l'ensemble des procédures de transmission d'informations à distance quelqu'en soit le support (ondes hertziennes, lignes téléphoniques, câbles, fibre optique, etc.).

Différents critères nous permettent d'appréhender la diversité des services télématiques:

1. le premier est d'*ordre technique*: on distinguera services diffusés et services interactifs. La distinction porte essentiellement sur le fait que pour le service interactif, l'identification par télétransmission de l'utilisateur est nécessaire au déclenchement de l'opération.

2. le deuxième concerne le *type d'utilisation du service*: il s'agira de services dits grand public ou ouverts par opposition aux services télématiques professionnels, réservés à une utilisation professionnelle.

3. le troisième met l'accent sur la *fonctionnalité du service*: la gestion, la communication ou la documentation.

A propos de la *télématique dite de gestion*, si le rôle traditionnel de l'ordinateur dans l'entreprise est de faciliter et d'accélérer les opérations de gestion: comptabilité, gestion des stocks, facturation, l'introduction de la télématique améliore encore ces capacités en donnant accès à des facilités supplémentaires (programmes, ordinateurs) sans qu'il soit

nécessaire d'acquérir d'équipement informatique additionnel.

Par opposition à la télématique de gestion, la *télématique de communication* s'adresse à des personnes qui ne sont pas des spécialistes en informatique (secrétaires, agents commerciaux, cadres ...). Comme en matière de télématique grand public, il est donc nécessaire que le service soit d'un maniement aisé. Trois nouveaux services télématiques de communication retiendront notre attention. Les services de messagerie électronique permettent aux utilisateurs d'échanger des messages par terminaux: l'utilisateur enregistre dans la mémoire de son ordinateur un message à destination d'un ou plusieurs utilisateurs, qui le consulteront en appelant le service. Ce service peut être réservé à quelques utilisateurs par l'utilisation de mots de passe. La télématique rend possible également diverses possibilités de réunion à distance (téléconférence, visioconférence, vidéotransmission) et la reproduction de documents à distance (téléécriture).

Enfin, les services télématiques de documentation offrent à une entreprise d'accéder on line grâce à un mot de passe à un ensemble d'informations pertinentes et ce sous forme de références, extraits, résumés ou textes intégraux.

À côté des banques de données commercialisées, il faut noter l'existence de banques de données internes: fichier du personnel, liste des produits, des commandes, etc ...

L'analyse de l'objet des différents services télématiques permet une première classification des contrats suivant leur objet: on parlera de contrats de télétraitement, de contrats d'accès à des bases de données et de contrats de courrier électronique.

Il est à noter que les frontières entre ces services sont souvent mal définies: ainsi, des services de courrier électronique comme EUNET offrent des services de NEWS en diverses matières, services annexes proches des services informationnels d'accès à des bases de données; ainsi à des services informationnels s'ajoutent parfois des services de télétraitement permettant d'appliquer aux informations communiquées des systèmes experts d'aide à la décision. Enfin, les services professionnels du télébanking offerts aux entreprises sont à la fois ces services de courrier électronique, de télétraitement et d'accès à des bases de données.

## II. Deuxième approche: approche par la qualification juridique des opérations.

Deux réflexions: une première, est relative au rôle du service télématique dans la formation ou l'exécution du contrat. À cet égard, on distinguera:

- les contrats conclus par la téléinformatique mais exécutés en dehors du système. Ainsi, par exemple, les services dits de téléshopping.
- les contrats conclus et exécutés par la téléinformatique, ainsi, les services de télétransmission (réservation de voyages à distance, etc ...). Ce sont les contrats où la dématérialisation est la plus poussée puisque ni leur conclusion ni leur exécution ne sortent du système.
- enfin, bien souvent, en particulier dans les services télématiques professionnels, la mise à disposition d'un service télématique se fait dans le cadre d'une convention cadre dont

les opérations ponctuelles apparaissent comme un mode de réalisation, en même temps qu'elles peuvent être des conventions en elles-mêmes. Ainsi, dans le cadre d'une convention de télébanking, réglant de façon générale le partage des risques entre la banque et le client, les tarifs et modalités d'utilisation du service, chaque virement électronique est un acte juridique en lui-même.

Une seconde réflexion concerne la *qualification du contrat* en lui-même, au regard du service télématique qui en est l'objet: la circulation de données qui est l'objet de ces contrats doit-elle être appréhendée comme une marchandise ou un service?

Certains auteurs s'interrogent sur la nature juridique de la notion de données ou d'information pour résoudre la question. L'information est-elle d'un bien ou d'un service? Il nous paraît que le point de départ d'une telle réflexion est peu adéquat. L'opération télématique vise soit la *mise à disposition* par des techniques de téléinformatique d'un produit informationnel préconstitué (ainsi pour les bases de données informationnelles et pour les opérations de télétraitement permettant l'utilisation à distance d'un software) soit un *moyen de transport* de l'information, utilisant des techniques de téléinformatique, tel le courrier électronique.

Il faut donc distinguer, selon nous, l'opération de constitution d'un produit, d'un bien informationnel, la base de données ou le software qui pourrait être une "marchandise" au sens du Traité de Rome, susceptible d'être l'objet de location, de cession, etc... et l'opération de mise à disposition qui constitue la spécificité de l'opération télématique.

Ainsi, le contrat d'accès à une base de données ou le contrat de télétraitement permettant l'utilisation à distance de software ou de capacité d'ordinateur peuvent à notre avis être qualifiés de *contrat de location*, c'est-à-dire de mise à disposition temporaire d'un problème ayant des qualités définies (par exemple, une banque de données est caractérisée en tant que telle par des caractéristiques, telles que: fréquence de mise à jour, exhaustivité, langage de commande, etc...).

Certes, dans la plupart de nos législations, la location impliquait délivrance de la chose louée, c'est-à-dire la mise en possession exclusive mais cet élément est-il réellement essentiel au contrat de location ou a-t-il simplement été dégagé alors qu'on n'imaginait pas que l'utilisation d'un bien peut être faite à distance et par plusieurs personnes simultanément? Nous estimons que la qualification de contrat de location comme utilisation précaire d'un bien préconstitué doit être retenue et que les utilisateurs doivent pouvoir bénéficier des conséquences légales de cette qualification: obligations d'entretien et de réparation à charge du bailleur, garantie des vices cachés, etc...

Cette qualification du contrat n'interdit pas de considérer que l'opération de mise à disposition qualifiée de location est un "service" au regard du GATT ou du Traité de Rome. Un transfert d'informations n'est pas un transfert de marchandises puisque l'information n'est pas en tant que telle un bien mais s'opère dans le cadre d'un service d'accès à un produit.

On rappellera à cet égard quelques développements de la jurisprudence communautaire. Ainsi, dans ses conclusions relatives à l'affaire Sacchi, l'Avocat général REISCHL estime que l'argument selon lequel le transfert d'information implique une fourniture d'énergie électrique, c'est-à-dire une marchandise, doit être rejeté, car "il ne s'agit pas d'énergie électrique mais de la diffusion des messages pour laquelle l'énergie électrique n'est que

le moyen technique”.

Pour paraphraser l'arrêt Debaue décidé en matière de télédistribution, “il n'y a aucune raison de réserver un traitement différent à la transmission de messages” par voie de télécommunication. Dès lors, la mise à disposition d'informations par télécommunication constitue bien, au sens du Traité de Rome, un service.

La référence à la même jurisprudence communautaire relative à la télédistribution en particulier l'arrêt CODITEL conduit à une précision supplémentaire si la transmission entre l'émetteur originaire et l'utilisateur final emprunte différentes techniques de télécommunication, par exemple la diffusion par ondes, la retransmission par satellites, les réseaux câblés et les réseaux téléphoniques, et fait intervenir de multiples opérateurs, au sens du Traité de Rome, l'ensemble de la transmission constitue un seul service.

Il suffit dès lors qu'un des éléments de la transmission se trouve situé dans un autre pays de la Communauté pour que l'article 59 et la disposition relative à la libéralisation des services s'appliquent. Il ne peut être question d'apprécier l'applicabilité des règles du Traité de Rome au regard de chaque élément de la chaîne et, par exemple, de conclure à l'absence d'élément transnational, parce que l'opérateur final et l'utilisateur se situent dans le même pays.

### III. Troisième approche: approche par les acteurs - la structure de l'offre

La mise sur pied, la communication et la réalisation d'un service télématique nécessitent l'intervention de nombreux acteurs de status divers et ayant des accords privilégiés.

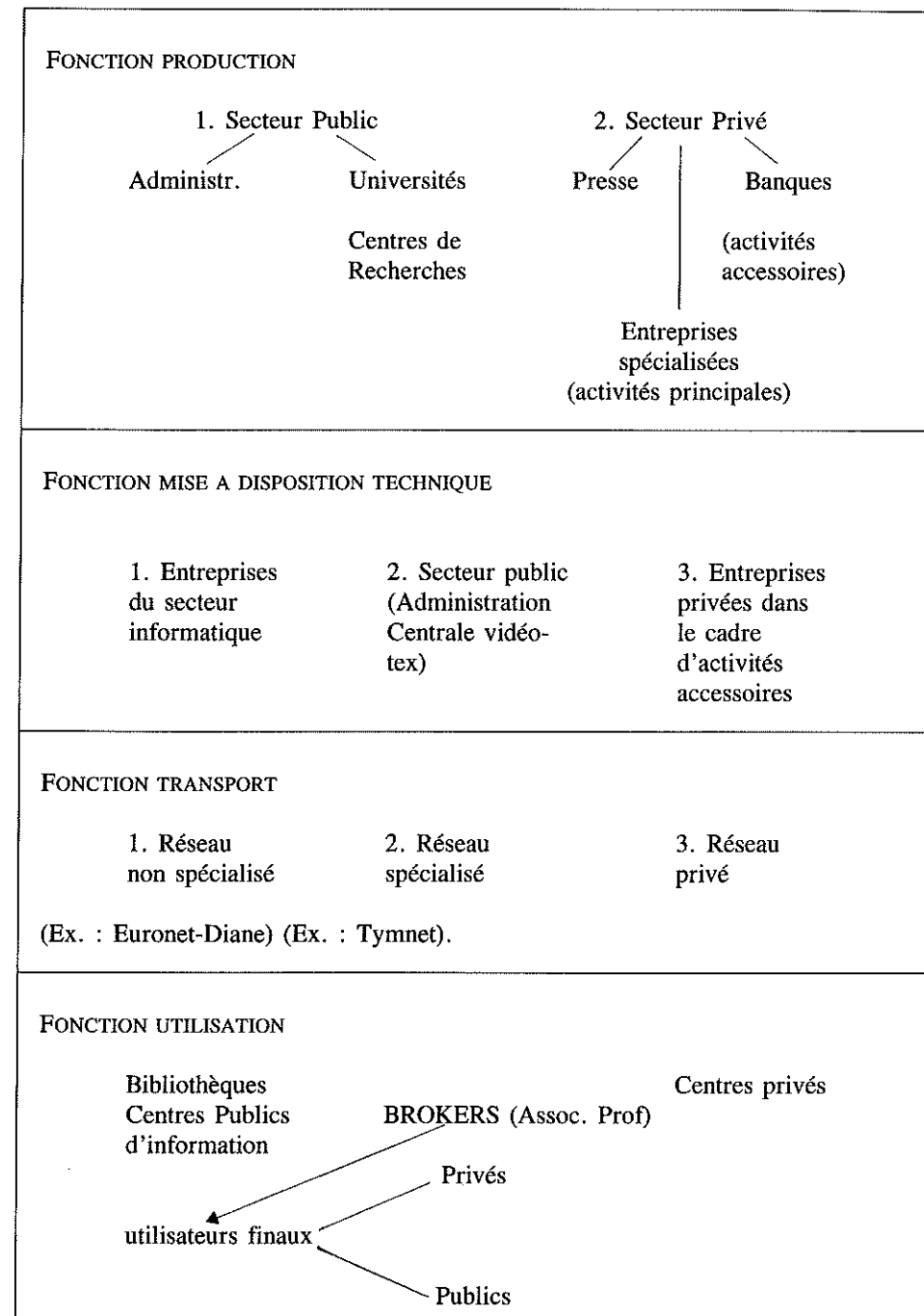
#### A ...de nombreux acteurs

Le cas le plus manifeste est certes celui des services informationnels. Lors d'une étude récente, nous proposons le schéma suivant cherchant à identifier la qualité des entreprises participant à quatre des fonctions principales, à savoir la production, la mise à disposition technique, le transport et l'utilisation d'une base de données.

L'analyse de la cinquième fonction, à savoir celle de la commercialisation de la base de données, laissait entrevoir que différents montages contractuels pouvaient encadrer la réalisation de ces fonctions.

La multiplicité de ces acteurs suggère deux réflexions:

— l'organisation de la distribution en particulier des produits informationnels peut soulever différents problèmes. Pour maximiser la rentabilité de son investissement, le producteur et/ou le serveur principal peuvent par des clauses ad hoc soit cloisonner le marché et réserver l'accès aux bases de données à un certain nombre de clients limités géographiquement, soit imposer aux distributeurs d'offrir une gamme de produits diversifiés à des prix fixés et de garantir une qualité minimale du service, soit d'exiger du distributeur de connaître le nom de ses clients et le détail de leurs interrogations afin d'adapter la qua-



lité et le contenu du produit informationnel, soit enfin d'interdire aux distributeurs d'offrir des produits concurrents. La mise sur pied de tels réseaux de distribution "sélective" doit être analysée sur le plan de leur compatibilité avec les règles de la concurrence.

— la seconde réflexion a pour point de départ la difficulté pour l'utilisateur face à ces acteurs hétéroclites de pouvoir facilement identifier le responsable lors d'une mauvaise réalisation du service. Nous reviendrons sur cette question au point 4.

## B ... de statut public ou privé

La coexistence des opérateurs publics et privés est un fait, et on peut affirmer que de plus en plus, le secteur public accomplit des fonctions en concurrence avec le secteur privé alors que dans le même temps, le secteur privé reprend à son compte certaines fonctions autrefois monopolisées par le secteur public.

Deux exemples suffisent à établir cette assertion: la communication de bases de données par le secteur public (bases de données statistiques) et l'offre de services à valeur ajoutée de transport de l'information par des sociétés privées telles SWIFT et TYMNET.

L'intervention des pouvoirs publics dans l'offre de services télématiques nécessite l'analyse des conditions et limites de cette intervention monopolistique ou non.

L'Etat remplit ici différents rôles: soit en tant qu'acteur, soit en tant que subsidiant certaines activités de services de télécommunications, son action peut limiter ou fausser la concurrence. La réglementation étatique des services peut affecter la libre prestation des services ou induire des comportements anticoncurrentiels.

## C ... ayant des accords horizontaux privilégiés

Les caractéristiques de l'opération télématique (cf. point 4) justifient l'existence de nombreux accords entre opérateurs agissant au même stade de la production ou de la distribution de biens ou services. Deux raisons nous paraissent les justifier:

La nécessité de *définir des normes de transmission* communes et de *proposer à différentes entreprises* d'un secteur, voire à toutes, ces services de communication (service de courrier électronique, bases de données partagées, etc.) expliquent le fait qu'en matière de services télématiques se multiplie la création de services communs à plusieurs entreprises, parfois érigés en sociétés distinctes (coopératives, A.S.B.L., etc.).

Ces *accords de coopération* s'expliquent également par le coût des investissements nécessaires à la mise sur pied de tels services. Ces accords de coopération peuvent porter sur le *partage des frais de recherche et de développement* ou par la création de *services communs*. Ces accords peuvent amener à la création d'entreprises ayant une personnalité propre, ainsi en matière de services électroniques financiers: SWIFT, BANCONTACT, etc.

Ainsi, on cite notamment:

— en matière de services de courrier électronique, le projet "ODETTE" développé par les entreprises du secteur automobile, le projet "EDIFICE" développé par les entreprises de l'électronique et le projet "EDIS", développé par les industries chimiques;

— en matière de services télématiques financiers, les projets "SEADOCS" qui visent à créer des standards permettant le transfert de documents commerciaux entre banques et entreprises;

— en matière de bases de données informationnelles, la mise sur pied de bases de données communes à partir de bases de données primaires appartenant à différentes entreprises;

— en matière de signature électronique, le projet "TELETRUST", rassemblant des banques, des instituts de recherche et des entreprises de divers secteurs.

Enfin, les entreprises ont ressenti la nécessité face aux risques juridiques, commerciaux et financiers liés au développement de ces nouveaux services, de fédérer leurs efforts et ont constitué des associations (parfois concurrentes ainsi en matière de services de documentation: EUSIDIC et EURIPA) qui émettent des recommandations sous diverses formes à l'intention de leurs membres.

Une analyse complète du phénomène serait longue et fastidieuse. Nous nous contenterons de proposer quelques conclusions au regard du droit de la concurrence.

A cet égard, il faut noter que la normalisation technique et administrative n'a pas nécessairement d'effets anticoncurrentiels, la normalisation permettant à un plus grand nombre d'acteurs d'adhérer aux systèmes et aux utilisateurs de disposer d'une gamme plus complète de services. On ajoute que l'importance des investissements nécessaires à la mise sur pied d'un service justifiant des accords en vue d'un partage des coûts et des économies d'échelle.

Quant aux accords pris au sein de ces associations, ils ne peuvent avoir pour objet ou pour effet de privilégier les seuls nationaux, de réglementer les tarifs vis-à-vis des distributeurs ou des utilisateurs. Certes, il restera aux associations à démontrer que les "codes de conduite" ne tombent pas sous le coup de l'application des lois protégeant la concurrence. Ainsi, par exemple, le "Downloading Code of Practice" d'EUSIDIC nous apparaît pouvoir bénéficier aisément de l'exemption. Il permet aux clients de développer des formes plus rentables d'utilisation des bases de données, en tenant compte des possibilités qu'offrent les micro-ordinateurs, c'est-à-dire en promouvant le progrès technique.

## IV. Quatrième approche: approche par les caractéristiques des services télématiques professionnels

Plusieurs caractéristiques retiendront notre attention. Elles ont des conséquences importantes sur les structures contractuelles mises en place pour la réalisation des services et sur certaines des clauses les plus importantes de ces contrats.

Les premières ont trait aux caractéristiques de l'opération en elle-même: l'opération fait souvent intervenir des acteurs multiples (cf. point 3); elle a souvent, en raison d'une des composantes ou d'un acteur, un caractère international, elle ne se concrétise pas dans la remise d'un support matériel, suppose un dialogue interactif et une exécution instantanée aux conséquences difficilement contrôlables tant chez le serveur que chez l'utilisateur.

La dématérialisation et le caractère instantané, international et interactif de l'opération

rendent notamment difficile la localisation des incidents et dès lors l'imputation des responsabilités, elles suscitent certaines craintes des utilisateurs et amènent dès lors des réponses conjointes de la part des acteurs.

La deuxième caractéristique s'explique par la technologie même, condition de la réalisation des opérations. Le dialogue entre équipements informatiques nécessite leur compatibilité, en même temps qu'une normalisation non seulement des réseaux mais des messages.

Nos réflexions suivent le plan suivant:

- les conditions technologiques de réalisation des services;
- l'exécution des services;
- la preuve de la réalisation des services;
- la pathologie des services.

#### **A. Les conditions de l'utilisation des services: l'équipement et les contraintes de son utilisation**

La nécessité d'une compatibilité entre les équipements du serveur et de l'utilisateur justifie que celui-ci, public ou privé, impose le choix d'un équipement ou plus simplement de software permettant de réaliser le dialogue, objet même du service interactif. Cette première constatation justifie que l'on s'interroge sur le problème des offres liées et de leur traitement en droit de la concurrence. La situation visée est la suivante: l'utilisation d'un service de télécommunication est liée à l'achat ou la location d'un équipement spécifique dont, en outre, le serveur assumera la maintenance.

Une telle pratique se justifie souvent pour des raisons de compatibilité des équipements comme indiqué supra: la même pratique a existé en matière d'équipements informatiques où l'acquisition de certains logiciels était liée à l'acquisition de matériels. En cette matière, on sait que des décisions américaines ont sévèrement condamné les offres liées au nom du principe de la concurrence et ont consacré le principe de l'UNBUNDLING.

Mais le dialogue permis par le service interactif est rarement un dialogue à deux et ce pour différentes raisons. Soit le service a précisément pour objet de permettre un dialogue plus large; que ce soit à l'ensemble du grand public, que ce soit à un groupe fermé bien identifié, ainsi, première catégorie, les services de courrier électronique Videotex; deuxième catégorie, les services offerts par SWIFT à ses coopérateurs ou par une SSI à l'ensemble des filiales ou succursales d'une entreprise donnée (service de consultation de comptes, de gestion de stocks, de courrier électronique, etc...). Soit, le service offert par une entreprise à ses clients s'intègre dans celui offert en amont au sein d'un groupe d'entreprises. Il est clair que le service de virement électronique offert par une banque à ses clients ne se conçoit pas sans possibilité d'interaction automatique avec les services électroniques interbancaires tels que prévus par SWIFT ou la chambre de compensation nationale.

Cette nécessité de dialogue à voix multiples oblige à une normalisation tant des équipements connectés aux réseaux (par exemple, choix d'operating systems communs) que surtout de la structure des messages, de telle sorte que ceux-ci soient compréhensibles à chaque membre du réseau: c'est la question de la normalisation administrative.

Le développement des services télématiques nécessite cette double normalisation. Si la normalisation technique est l'objet d'autres rapports, il m'apparaît difficile de ne pas évoquer le problème que pose la normalisation administrative, généralement le fait d'associations ou de groupements privés. Dans la mesure où elle touche à des questions importantes comme celles de la sécurité et de la confidentialité des messages, elle rejoint la question déjà entrevue des "Codes of Practice": ne s'agit-il pas d'ententes ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence?

#### **B. L'utilisation des services**

Sans contrôle sur l'utilisation des données d'interrogation résultant de sa propre utilisation du service, l'entreprise utilisatrice peut craindre que des atteintes à la confidentialité du dialogue ne lui soient préjudiciables vis-à-vis de compétiteurs ou de décideurs.

Pour apaiser une telle crainte, on peut songer soit à une extension des législations protectrices des données existantes à la protection des données relatives aux entreprises, soit à une déontologie ou autoréglementation renforcée des entreprises offrant des services télématiques.

La même absence de contrôle, cette fois du serveur sur l'utilisation du service par l'utilisateur peut faire craindre au premier des agissements malhonnêtes du client; ainsi, le client peut vider une base de données, utiliser l'accès à un service de télétraitement pour le compte de tiers.

Les promoteurs des services télématiques, en même temps qu'ils autorisent l'utilisation maximale de leur produit dans le cadre des possibilités offertes par les nouvelles technologies (ainsi, le downloading) souhaitent rentabiliser leur investissement en fonction de l'intérêt supplémentaire qu'apportent aux utilisateurs ces possibilités nouvelles (principe d'une facturation différente suivant le type d'utilisation faite par le client). Le droit de la propriété intellectuelle devrait être aménagé de telle sorte qu'il puisse garantir aux serveurs une protection efficace de leurs investissements (par exemple, reconnaissance du droit de destination, définition de l'œuvre dérivée ou de la traduction, etc...).

#### **C. La preuve des opérations rendues dans le cadre de ces services**

La dématérialisation et la fugacité de l'opération justifient également les craintes de l'utilisateur de ne pouvoir démontrer la mauvaise exécution du service, ou sa contrariété aux réglementations (p.ex. en matière de publicité).

La question de la preuve des opérations conclues ou exécutées dans le cadre de services télématiques (cf. point 2) paraît devoir être résolue en dehors de cadres réglementaires stricts qui pourraient freiner le progrès technique.

A la suite de la recommandation du Conseil de l'Europe, il semble qu'il faille s'orienter vers des mesures préventives, obligeant les entreprises qui offrent de tels services à s'environner de mesures techniques et organisationnelles permettant a priori de garantir la fiabilité, l'intégrité et la sécurité des opérations et de leur enregistrement et laissant aux milieux



concernés le soin de définir le contenu de ces mesures en fonction de l'évolution technologique (ainsi, la cryptographie pourrait être rendue obligatoire pour certains services télématiques à haut risque (p. ex. services télématiques bancaires).

#### D. La responsabilité: la pathologie des services

Ces caractéristiques justifient un certain nombre de craintes tant chez l'utilisateur que chez le serveur. Ainsi, l'utilisateur d'un tel service peut avoir quelques difficultés à localiser l'incident et dès lors d'imputer, et ce plus encore dans un contexte international, la responsabilité à l'un des multiples acteurs intervenant dans la réalisation de l'opération (cf. point 4).

Simple utilisateur à titre privé, voire entrepreneur, il souhaitera que des systèmes de *responsabilité sans faute* et de *partage des risques* soient mis en œuvre, notamment avec l'appui de la communauté internationale.

On évoquera à titre d'exemple la volonté des utilisateurs de services télématiques bancaires d'attribuer à la banque du donneur d'ordre la responsabilité pour l'ensemble du réseau, un système interbancaire de partage de responsabilité entre banques participantes au réseau étant mis en place pour la répartition des risques propres au réseau (cf. à cet égard, les règles développées par SWIFT).

En matière de banques de données, certains préconisent également un système de partage de responsabilité mettant à charge du serveur l'ensemble des obligations relatives au service de mise à disposition (cf. supra, point 2) (confidentialité des interrogations, disponibilité de la base de données, qualité et convivialité des langages d'interrogations) et à charge du producteur, les obligations relatives au produit informationnel.

#### Conclusion

Il est évident que c'est dans le cadre des contrats proposés aux utilisateurs de ces services que leurs promoteurs chercheront à établir les règles propres à chacun des points développés ci-dessus. Ainsi trouvera-t-on dans tous les contrats télématiques, des règles relatives à la signature et à la preuve des opérations, particulièrement dans les contrats de télétraitement et d'accès à des bases de données, des clauses de confidentialité et de restriction d'utilisation.

La protection réalisée dans le cadre de ces contrats individuels peut s'avérer insuffisante. Des réglementations dites de "hard law" s'avèrent parfois nécessaires mais, lorsqu'elles sont nationales, risquent de constituer une restriction aux flux transfrontières contraire à la création d'un marché commun. On songe dès maintenant en particulier aux cahiers des charges imposés par la loi aux serveurs qui offrent des services dans le cadre des expériences télématiques grand public.

Mais c'est surtout aux réglementations de soft law établies par les milieux professionnels eux-mêmes que l'on pense. Des associations sectorielles pensent parfois intersectorielles

nationales ou internationales visent à prévenir les craintes tant des utilisateurs que des "offres" en définissant des "Codes of Conduct", "Codes of Practice" ou "règles déontologiques". On cite les recommandations faites par l'American Libraries Association en matière de confidentialité, les Codes of Practice établis par EUSIDIC en matière de "Downloading" ou de "Electronic Mail", le Codice di Compartamento de l'ANFOV italien et le "Code of Conduct" établi par la "Videotex Industries Association" dans le cadre de l'expérience Prestel. Tout récemment, la CCI a émis un projet de "Règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission". Ces codes de conduite, auxquels les contrats se réfèrent, prétendent fixer des normes de comportement, des règles de l'art et deviennent ainsi des standards professionnels, condition de la participation à un groupement professionnel. Dans quelle mesure ne réalisent-ils pas des ententes entre entreprises, contraires aux règles de la concurrence (cf. déjà point 3)?

#### Bibliographie

1. M.G. CHOISY, *Banques de données: aspects contractuels*, Agence de l'Informatique, Paris (1983).
2. C. MONVILLE et Y. POULLET, *La demande finale en télématique*, Rapport FAST/CEE, CRID Namur (1987).
3. C. TAPPER, "Bureaux contracts", in: *The 1984 Computer Law Symposium: Conference Transcript - 21st and 22nd May 1984, London*, Legal Studies and Services Limited, 123.
4. B. AMORY et X. THUNIS, *Authentification de l'origine et du contenu des transactions sans papier et questions de responsabilité en droit continental*, exposé présenté lors de la Conférence sur "Les Transactions commerciales internationales assistées par ordinateur et droit dans la CEE", organisée par CELIM à Bruxelles les 17 et 18 mars 1986, 43 et s.
5. J. BING, P. FORSBERG and E. NYGAARD, "Une analyse préliminaire des problèmes juridiques dans l'informatique et les communications", PIIC n°. 8, OCDE Paris (1983).
6. J. BING, "Data Protection in Practice: International Service Bureaux and Transnational Data Flows", Complex 1/85, Universitets-forlaget AS, Oslo (1985).
7. B.E. AMORY, Y. POULLET, "Computers in the law of evidence - A comparative approach in civil and common law systems", *Computer Law and Practice*, mars/avril 1987. 114-125.
8. Y. POULLET, "Les clauses de confidentialité" in *Le Marché de l'information*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1986, à paraître.
9. Y. POULLET, "Les contrats télématiques professionnels" in *Flux Transfrontières*, Actes de la conférence CELIM, 2-3 avril 1987, à paraître.
10. B.E. AMORY, M. SCHAUS, *Concluding Information contracts by electronic means*, IGC Colloquium, Madrid, March 2-3, 1987, à paraître.